

MÉLANGES

dédiés à

Louis BOYER

Doyen de la Faculté de Droit de Toulouse

EXTRAIT

PRESSES DE L'UNIVERSITÉ DES SCIENCES SOCIALES
DE TOULOUSE

HANDICAP ET INSERTION PROFESSIONNELLE *

par

Jean-Michel LATTES

*Maître de Conférences à l'Université des Sciences Sociales de Toulouse
Chercheur au Laboratoire Interdisciplinaire de Recherche sur les Ressources
Humaines et l'Emploi (LIRHE)*

"Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits..."¹ Le premier article de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, intégré aujourd'hui dans la Constitution de la 5ème République, illustre l'esprit de l'évolution du droit Français en recherche permanente d'équilibre entre les différentes catégories sociales composant notre société.

Nul doute cependant que cet équilibre est loin d'être réalisé. Ainsi l'analyse de la situation de l'emploi des personnes handicapées se révèle, à cet égard, particulièrement significative.

Il est, en effet, aisé de constater que les personnes handicapées se heurtent à de sérieux obstacles dans leur recherche d'emplois et que le taux de chômage qui les touche est largement supérieur à la moyenne nationale².

Les facteurs qui expliquent une telle situation sont multiples : inadaptation de l'handicapé aux postes de travail ; non acceptation de

* Très attentif au sort des étudiants handicapés, le doyen Louis BOYER m'avait très fortement soutenu lors de la création de l'Association UT1 Handicap sur le campus de l'Université Toulouse 1. Cet article constitue un très modeste hommage à sa mémoire et à son action en faveur des handicapés

¹ Jacques GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammation, 1970.

² Cf. Jean-Michel LATTES, *Le Principe de non Discrimination en Droit du Travail*, Thèse, Toulouse, 1989.

l'handicapé par l'environnement social ; méconnaissance par les employeurs du problème du handicap ; niveaux de formation insuffisants... Les effets de la crise économique actuelle se révèlent, en outre, dévastateurs pour cette catégorie de salariés plus "fragiles" et donc plus exposés que les autres.

La prise en compte progressive de cette vulnérabilité par le législateur l'a conduit à élaborer une réglementation protectrice spécifique. Celle-ci va évoluer de la simple idée d'assistance à une véritable volonté d'insertion. Depuis les premiers textes, à vocation essentiellement caritative, de la fin du 18ème siècle... jusqu'à la loi du 10 juillet 1987, il est aisé de mettre en valeur ce qui constitue un progrès juridique essentiel. Pourtant les juristes savent qu'une loi peut certes améliorer une situation difficile mais qu'elle ne possède pas... loin s'en faut... toutes les vertus suffisantes pour régler définitivement les imperfections de notre vie sociale³.

Mise en place lente et progressive d'une législation imparfaite (I), vote d'un texte plus cohérent prenant en compte certaines difficultés rencontrées dans la pratique (II), mise en évidence de son inefficacité sur certains problèmes (III)... tels sont les trois axes de notre analyse.

I — DE L'ASSISTANCE À L'INSERTION

Il est aisé de souligner le parallélisme évident entre l'évolution de la prise en compte de l'handicapé en tant qu'acteur de la vie sociale susceptible d'intégrer une vie professionnelle et l'évolution d'un droit qui, abandonnant le soutien à des structures à vocation caritative, s'oriente dans un premier temps vers une logique d'assistance avant de déboucher, plus récemment, sur une volonté réelle d'insertion.

A — Une législation d'assistance

Écartés (voire même rejetés...) de la société jusqu'à la Révolution⁴, les handicapés vont progressivement bénéficier d'une législation d'assistance. L'analyse de la situation de l'handicapé dans la société française

³ Sur l'ensemble du problème, voir : M.L. CROS-COURTIAL, *Travail et handicap en droit français* (2 Vol. CTNERHI), Vanves 1989 ; Éric REMBAUD, "Travailleurs handicapés et mutilés de guerre", *Jurisclasseur Travail* ; Albert ARSEGUEL et Philippe ISOUX, "Le Droit du Travail relatif aux handicapés", *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, tome XXXVII, 1989, p. 123 et s. ; *Liaisons sociales*, numéro spécial, Mai 1988, n° 10220, "L'entreprise et les handicapés" ; *R.P.D.S.*, numéro spécial de Juillet-Août 1985, "Les droits des handicapés"

⁴ Michel FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard 1978.

permet de révéler un glissement significatif d'une véritable exclusion (... on parle même parfois d'internement !) vers une logique plus douce d'assistance dont la famille constitue le réceptacle privilégié⁵.

Ainsi la loi dite "Le Chapelier" des 14 - 17 Juin 1791 indique que "la nation doit fournir (...) des secours aux infirmes". Par la suite, la loi du 19 Mars 1793 établit "l'obligation pour l'État d'assister les pauvres", alors que l'article 21 de la Déclaration des Droits de l'Homme du 24 Juin 1793 précise que "la société doit subsistance aux citoyens malheureux".

Certains handicaps liés à une activité professionnelle vont être pris en compte dès la fin du 19^{ème} siècle avec la loi du 9 avril 1898. Ce texte aboutit à un renforcement de la responsabilité des employeurs en cas d'accident du travail. Le premier conflit mondial accentue cette évolution. Les 1 million 500 000 mutilés de guerre imposent la mise en place d'un dispositif juridique nouveau.

La loi du 26 avril 1924 rend obligatoire le recrutement de 10% de mutilés de guerre dans les établissements de plus de 10 salariés⁶. Ce premier texte, à l'origine très limité, sera progressivement élargi aux veuves (art. 69 de la loi du 30/03/1929), aux orphelins (art. 3 de la loi du 13/01/1941), mais, surtout, aux accidentés du travail (loi du 14/05/1930) et aux anciens malades et infirmes (loi du 29/11/1953).

Ces textes, même s'ils constituent un progrès juridique certain pour les handicapés, ne dépassent pas (ou peu...) l'idée d'assistance. Leur application dans la réalité n'est pas effective. Le cadre législatif apparaît ici comme une mosaïque de textes obéissant à des logiques bien différentes.

B — Vers une législation d'insertion

*La loi du 23 Novembre 1957*⁷ constitue la première étape de cette évolution. On y voit se concrétiser l'idée, sous-jacente dans les textes précédents, de la nécessité d'utiliser professionnellement le potentiel que représentent les handicapés dans notre société. On dépasse alors l'idée d'assistance pour déboucher sur la reconnaissance de la nécessité d'exploiter une véritable force de production. La volonté du législateur, clairement exprimée dans le texte de 1957, vise à "mettre ou à remettre au travail" le salarié handicapé. Ce texte, dont le champ d'application est

⁵ L'analyse de la situation sociale de l'handicapé est remarquablement évoquée dans l'article de Mme Marie-Claire VILLEVAL, "L'Etat et l'emploi des handicapés : formation et transformation d'une politique", *Droit Social* 1984, p. 227, n° 4.

⁶ J.O. du 29/04/1924, Cf. Nicole CATALA, "L'entreprise", *Traité de Droit du Travail*, Dalloz 1980, n° 281, p. 311.

⁷ JCP, éd. G, 1957, III - 22732.

⁸ Rapport Poinso-Chapuis, J.O., Doc. Ass. Nat., I, n° 560, 16/02/1956, pp. 372 à 396.

extrêmement large⁹ organise une priorité de recrutement réservée aux personnes ayant obtenu la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé par la "Commission Départementale d'Orientation des Infirmes"¹⁰.

La loi prévoit le classement des handicapés, par cette commission, sur la base de catégories prédéterminées et les employeurs se voient imposer l'embauche d'handicapés dans la proportion de 10% de leur effectif total¹¹. De plus certains emplois déterminés par arrêtés ministériels vont être réservés à certaines catégories particulières de handicapés bénéficiant, par ailleurs, d'une rééducation professionnelle leur permettant de les occuper¹². Enfin, et lorsque le handicap empêche le placement en "milieu normal", les salariés peuvent être placés soit dans un centre d'aide par le travail, soit dans un atelier protégé. Ils peuvent aussi travailler grâce à des "centres de distribution de travail à domicile"¹³ et bénéficier d'aides financières... l'ensemble de ces mesures introduisant une logique "positive" dans la législation en vigueur¹⁴.

Commentant le nouveau texte, M. Alfred Spire en souligne la dimension économique et affirme qu'un "handicapé travaillant avec ardeur" coûtera moins cher à la collectivité que s'il était resté un assisté¹⁵. Avec un peu plus de recul sur la nouvelle législation, M. J. Sibileau s'étonne de la lenteur avec laquelle les mesures d'application du texte en faveur des "salariés protégés" sont prises¹⁶. Il en souligne la nécessité en considérant que le droit reste le seul moyen de préserver "le reclassement et, si possible, la promotion sociale de certaines catégories de handicapés".

Pourtant les progrès réels générés par la loi de 1957 ne suffisent pas à masquer la pérennité de certains problèmes¹⁷ : mauvaise définition du handicap, nombre considérable de handicapés de moins de 20 ans, spé-

⁹ Voir : Jean BLAISE, *Réglementation du travail et de l'emploi*, Dalloz 1966, n° 300, p. 347. Ajoutons que le décret du 16/12/1965 organise l'application de la loi aux administrations et établissements publics.

¹⁰ Voir le décret du 20 Juillet 1962, art. 6.

¹¹ Ce pourcentage cumule les mutilés de guerre et les travailleurs handicapés (voir arr. du 20/09/1963 et Rep. Min. J.O. Ass. Nat. du 24 Avril 1964 n° 7828).

¹² Voir, par exemple, l'article 3 de la loi du 27/12/1960 et l'art. 22 du décret du 26/07/1962 sur les emplois de standardistes réservés à des aveugles.

¹³ Article 21 de la loi du 23/11/1957.

¹⁴ Voir décrets du 24/11/1962 et du 22/09/1964. Voir aussi : Liaisons sociales, doc. n° 113/65 du 3/11/1965, *Le reclassement professionnel des handicapés*.

¹⁵ Alfred SPIRE, "Le reclassement des diminués physiques", *Droit Social* n° 3, Mars 1958, p. 158. Voir aussi G. THOMAS, *Le statut des handicapés physiques*, RPDS 1964, p. 55.

¹⁶ J. SIBILEAU, "Un point important d'application de la loi sur le reclassement des travailleurs handicapés : le travail protégé", *Droit Social*, n° 6 Juin 1963, p. 340 ; G.H. CAMERLYNCK, "Le contrat de travail", (*Dalloz traité*, 1988, p. 161, n° 138).

¹⁷ Gaston SOURDET, "Les handicapés face au travail", *Droit Social*, n° 11, Nov. 1974, p. 155.

cificité du handicap mental... Plusieurs voies doivent être suivies. Elles doivent tenir compte de la nécessité de réserver des emplois aux handicapés, de l'indispensable amélioration de la détermination des emplois adaptés, de la nécessaire préparation de l'handicapé à l'emploi... La loi de 1975 apporte un commencement de réponse.

*La loi du 30 Juin 1975, très attendue*¹⁸, fut qualifiée de loi "d'orientation en faveur des personnes handicapées"¹⁹. L'article 1 du texte en illustre parfaitement l'esprit. Il vise, en effet, à considérer que "la prévention des handicaps, les soins, l'éducation, la formation et l'orientation professionnelle, l'emploi, la garantie d'un minimum de ressources, l'intégration sociale (...) de l'adulte handicapé physique sensoriel ou mental constituent une obligation nationale". On retrouve, au travers de ce texte, les objectifs assignés en 1973 par le Président Pompidou aux concepteurs de la loi, à savoir : "... affirmer et garantir les droits fondamentaux des handicapés et unifier une législation complexe".

Concernant le problème essentiel de l'insertion, les C.O.T.O.R.E.P. (Commissions Techniques d'Orientation et de Reclassement Professionnel) constituent la clef de voûte du dispositif²⁰. Créées dans chaque département, ces structures sont responsables de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé et de la fixation du taux d'invalidité. Elles peuvent ainsi favoriser l'insertion d'un salarié handicapé par sa qualification sur un emploi réservé²¹. Ce dispositif, cohérent en apparence, n'est pas exempt de critiques dans sa réalité. Ainsi, par exemple,

¹⁸ Cf. : sébastien DARBON, "Le système de protection des handicapés", *Droit Social*, Juillet-Août 1974, p. 351 ; également "Le Monde" du 6/04/1974.

¹⁹ JCP éd. G. 1975 III 43012 - Décrets d'application n° 78 - 77 du 17/01/1978 (JCP 78, III, 46784) et n° 78 - 105 du 27/01/1978 (JCP 78, III, 46841). Voir aussi : Éric REMBAUD, "Mutilés de guerre et handicapés physiques" (*JCL Travail*) ; Jean-Charles GUILLOTEAU, *Le droit et les personnes handicapées* (éd. Réseaux, 1982, p. 116) ; *Les droits des handicapés*, n° spéciaux de la RPDS, n° 405 de 1979 et 483/484 de Juillet - Août 1985 ; M.L. CROS, "Statut juridique du travailleur handicapé" (*Handicaps et droit*, 1984, p. 99) ; "L'entreprise et les handicapés", *Liaisons Sociales*, n° spécial de Juin 1979 ; B. AMIEL, "Commentaire de la loi n° 75 - 534 du 30 Juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées", *Quest. Sec. Soc.* 1976, p. 50 ; Dominique MALARDE, *Politique en faveur des jeunes handicapés. Etude de la loi du 30 Juin 1975 et des résultats en faveur de son application à partir des 5 années d'expérience en Martinique*, Thèse de Droit Public, Paris VIII, 1984 ; Claude LOSPIED, *Handicapés quels sont vos droits ?* (Loi d'orientation du 30 Juillet 1975) éd. Lavauzelle 1980.

²⁰ Art. L. 323 - II du Code de Travail. Cf. Patrice LANDRY, *La COTOREP, RPDS*, n° 483 - 484, Juillet - Août 1985.

²¹ Ajoutons qu'au niveau national on trouve le "Conseil Supérieur pour le reclassement professionnel et social des travailleurs handicapés" destiné à promouvoir l'emploi (loi du 23/11/1957 modifiée par le décret n° 80 - 879 du 5/11/1980) et le "Conseil National consultatif des personnes handicapées" dont le but est de faire participer les associations d'handicapés à l'élaboration des normes" (décret n° 84 - 203 du 22/03/1984, J.O. 25/03/1984).

le droit issu du contentieux des recours intéressant les COTOREP n'est pas véritablement stabilisé.

Les décisions remises en cause peuvent se partager entre le tribunal administratif, la Commission départementale des handicapés, les Commissions régionales du contentieux technique de la Sécurité Sociale et certaines instances de secours à caractère subsidiaire²². De même, la contradiction entre les objectifs et les "faibles" moyens financiers permettant de les réaliser, les incohérences des quatre régimes légaux de réparation du handicap (accidents du travail, victimes de guerre, assurance invalidité, loi d'orientation de 1975...) générant des solutions discriminatoires car différenciées... pour des situations quasi équivalentes, la fragmentation du milieu protégé... permettent de douter de l'efficacité des mesures prises²³.

L'évolution des priorités sociales dans les années 80 au profit des "jeunes sans emploi, des quinquagénaires exclus du monde du travail et sans espoir de reclassement ou des chômeurs de longue durée en voie de marginalisation" participe à la dégradation du dispositif.

Les critiques techniques à l'encontre de la nouvelle législation sont multiples : obligation d'emploi de 10% dans le privé mais de 3% seulement dans le secteur public ; taux de 10% affecté aux entreprises mais ne correspondant à aucune réalité pratique ; inapplication des pénalités ; mauvaise définition du handicap ; difficultés pour passer du milieu protégé au milieu ordinaire...

Législation complexe, parfois ancienne, peu efficace et mal respectée... la nécessité d'une évolution juridique est évidente²⁴. Elle trouve sa concrétisation dans la loi du 10 Juillet 1987.

²² Jean-Marie COMBETTE, "Les recours intéressant la COTOREP", *Droit Social*, n° 6, Juin 1987, p. 536.

²³ Éric AUBRY, "Quelle politique pour les handicapés adultes ?", *Droit Social*, Juin 1985, p. 508.

²⁴ Il est utile de noter que le droit international tente de prendre en compte ces difficultés. De fait l'analyse retenue par le Bureau International du Travail (B.I.T.) illustre la complexité du sujet. Dans la recommandation n° 99 sur "l'adaptation et la réadaptation des invalides" le BIT retient 4 critères de classement du handicap, en fonction : de l'origine (guerre, accident, maladie) ; de la nature (clinique ou non) ; du degré d'invalidité entraîné ; des effets produits à l'égard de l'individu dans sa capacité de travail. Par suite, la convention n° 159 donne une définition de la "personne handicapée" ... mais non du "handicap" (cf. décret du 9/02/1990, J.O. 15/02/1990).

II — LA LOI DU 10 JUILLET 1987 : UNE AVANCÉE SIGNIFICATIVE MAIS PERFECTIBLE

Les débats parlementaires portant sur la loi de 1987 illustrent le consensus politique qui se réalise autour du problème de l'emploi des handicapés²⁵. Certains pourtant soulèvent le problème que pose cette orientation juridique inscrite dans une logique de "discrimination positive". Le projet de loi, indispensable pour une véritable intégration, n'en constitue pas moins une norme discriminatoire car, en favorisant l'emploi des handicapés, il en fait une catégorie à part.

Les juristes constatent cependant qu'il est parfois nécessaire de mettre en place de tels textes pour protéger une catégorie sociale particulièrement exposée dans sa vie quotidienne. Le nouveau texte²⁶, dont nous analyserons les grandes tendances, présente des évolutions positives même si son application laisse subsister des zones d'ombres.

A — Les conditions d'emploi

Les bénéficiaires de l'obligation sont essentiellement : - les travailleurs reconnus handicapés par la COTOREP, à savoir "toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont réduites à la suite d'une diminution de ses capacités physiques ou mentales" ; - les victimes d'accidents de travail ou de maladies professionnelles (... dont l'incapacité est au moins égale à 10% et qui sont titulaires d'une rente) ; - les titulaires d'une pension d'invalidité dont la capacité de travail est réduite d'au moins 2/3. Les autres catégories, plus marginales, concernent les anciens militaires et assimilés, les pensionnés militaires invalides, les veuves et orphelins de guerre...

1 - L'obligation d'emploi

a - Les entreprises concernées - Il s'agit de toute entreprise, quelle que soit sa forme juridique, occupant au moins 20 salariés (art. L- 323 - 1 et 2

²⁵ Le constat de la nécessité de remettre en cause la loi de 1975 est largement partagé par les différents groupes parlementaires : "Rejet social d'une partie importante de la population" (Bernard DESCHAMPS, PCF, in ANCR n° 24 du 20/05/1987, p. 301) ; "Législation inappliquée dans l'esprit" (Michel HANNOUN, RPR, in ANCR, p. 1303) ; "...inadaptation, complexité et faible efficacité..." (Didier CHOUAT, PS, ANCR, p. 1304) ; "... mauvais fonctionnement des COTOREP..." (Guy HERLORY, FN, ANCR, p. 1306).

²⁶ Loi n° 87 - 517 du 10/07/1987 (J.O. du 12/07/1987, p. 7822). Voir : Marie-Louise CORS-COURTIAL, "Les obligations patronales à l'égard des handicapés après la loi du 10 Juillet 1987", *Droit Social*, Juillet-Août 1988, p. 598 ; J. PELISSIER, "Les aspects juridiques de la loi du 10 Juillet 1987" (in *L'emploi des travailleurs handicapés* FEHAP Formation 1989) ; "Les handicapés en entreprise : coût ou investissement ?" (11ème forum de l'AFTIM, Toulouse, Novembre 1991).

du Code du Travail). Cette condition d'effectif s'apprécie au 31 décembre de chaque année au niveau de chaque établissement envisagé isolément et non au niveau de l'entreprise. Certains salariés sont intégralement pris en compte (contrats à durée indéterminée, travailleurs à domicile, travailleurs handicapés), d'autres ne le sont que partiellement (contrats à durée déterminée ou intermittents, temps partiel...), certains, enfin, ne sont pas comptabilisés (apprentis, contrats précaires...). En ce qui concerne les entreprises assujetties, on constate que, désormais, non seulement les établissements publics industriels et commerciaux (art. L-323 - 1) mais aussi l'État, les collectivités locales ou les autres établissements publics (art. L - 323 - 2) sont concernés.

b - Évaluation de l'obligation - Désormais un quota d'emploi de 6%, progressivement mis en place entre 1988 et 1991, est appliqué à toutes les entreprises d'au moins 20 salariés. Dans la pratique les trois catégories mises en avant précédemment sont particulièrement concernées.

Pour tenir compte de la nécessité de favoriser le recrutement de salariés lourdement handicapés, la loi organise des modalités spécifiques d'évaluation.

Ainsi en fonction de l'importance du handicap mais aussi de l'âge du salarié, de certaines exigences de formation, de situations antérieures (sortie d'un CAT)... les bénéficiaires pourront être comptabilisés pour plus d'une unité.

c - Exonérations et alternatives - Si la loi de 1987 a substitué une véritable obligation de résultat à ce qui n'était qu'une obligation déclarative, le législateur a organisé simultanément, au nom d'un certain "réalisme", des possibilités d'exonérations voire même des possibilités alternatives.

Trois voies "alternatives" sont ouvertes aux employeurs soumis à l'obligation :

Le versement d'une contribution à un fonds pour l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés est ainsi susceptible de remplacer intégralement l'obligation d'emploi (art. L-323- 8 - 2 - à 4). Cette contribution (annuelle et forfaitaire) correspond, par bénéficiaire manquant, à 500 fois le taux horaire du SMIC pour les entreprises d'au moins 750 salariés, à 400 fois ce taux pour celles de 200 à 749 salariés et à 300 fois ce taux pour celles de 20 à 199 salariés.

La signature de contrats de sous-traitance avec le secteur protégé permet, en outre, une exonération maximale de 50% de l'obligation légale d'emploi (art. L - 323 - 8).

L'application d'un accord de branche ou d'entreprise prévoyant la mise en place d'un programme au profit des salariés handicapés permet, enfin, de déroger à l'obligation mais cela doit faciliter, à terme, une insertion professionnelle des handicapés (art. L - 323 - 8 - 1). Il s'agit ici de faire "pénétrer" l'emploi des handicapés dans les entreprises par le biais de stratégies conventionnelles dans l'esprit de la loi du 13 Novembre 1982.

Ajoutons que certaines entreprises ne se verront pas appliquer les obligations liées à la loi de 1987 du fait de la spécificité de leurs activités. Ainsi un décret du 22 Janvier 1988 définit une liste de catégories d'emplois qui, exigeant des conditions d'aptitudes particulières, ne seront pas décomptées dans l'effectif des salariés. On y trouve, par exemple, des salariés investis dans des tâches liées à la sécurité (pompiers, ambulanciers, agents de surveillance...) et dans le domaine des transports et des travaux publics (conducteurs d'engins...). Un système de déclaration annuelle obligatoire de l'emploi des salariés handicapés permet de réaliser un véritable contrôle de l'obligation (art. L - 323 - 8 - 5) et l'éventuelle sanction de leur non respect.

2 - Des dispositions juridiques spécifiques dans l'entreprise

Il n'existe pas de législation spécifique à la carrière du salarié handicapé dans l'entreprise. Cependant des dispositions ponctuelles prennent en compte la spécificité de leur situation. On cherche à éviter que le handicap n'apparaisse comme le moyen de légitimer des décisions discriminatoires à l'encontre des salariés en cause. Ils bénéficient ainsi de dérogations portant sur les conditions d'âge et la durée du contrat dans le domaine de l'apprentissage (art. L - 119 - 5), sur la garantie d'une rémunération équivalente aux autres salariés sauf rendement professionnel notablement diminué (art. L - 323 - 6), d'un préavis doublé en cas de licenciement (art. L - 122 - 6)... La loi nouvelle a, en outre, mis fin au monopole de l'ANPE pour tout ce qui touche au placement des handicapés.

L'embauche s'effectue librement dans l'entreprise et n'est constatée qu'a posteriori. Le recrutement doit être réalisé sous la forme d'un contrat de travail, ce qui exclut, de fait, les diverses formes de stages.

B — Les aides financières

La loi du 10 Juillet 1987 institue un fonds destiné à collecter des sommes en vue d'une meilleure insertion professionnelle des handicapés par le biais, en particulier, d'une formation mieux adaptée. L'État organise, par ailleurs, un dispositif d'aides financières.

1 - *Le Fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés* a pour objet d'accroître les moyens consacrés à l'insertion des handicapés, en milieu ordinaire de travail. L'AGEFIPH (Association de Gestion du Fonds de développement pour l'Insertion Professionnelle des Handicapés) est responsable de sa gestion. Ce fonds est alimenté, nous l'avons vu, par les contributions des employeurs assujettis à l'obligation d'emploi et n'ayant pas atteint les objectifs fixés par la loi. L'AGEFIPH intervient aujourd'hui dans de nombreux domaines : aide à l'insertion en milieu ordinaire, développement de la formation professionnelle, augmentation des ressources des travailleurs handicapés...

2 - *Les aides financières de l'État* n'ont pas été remises en cause par la loi de 1987. Ainsi, par exemple, l'article L - 323 - 9 (in fine) du Code du Travail prévoit que l'État peut consentir une aide aux établissements, organismes et employeurs... afin de faciliter la mise (ou la remise) au travail, en milieu ordinaire de production, des travailleurs handicapés. Ces aides sont destinées à financer des aménagements spéciaux de postes de travail et de couvrir les surcoûts d'encadrement pour faciliter l'embauche de salariés handicapés, leur maintien dans l'entreprise ou leur reclassement professionnel²⁷... L'aide de l'État peut couvrir jusqu'à 80% du coût de l'aménagement du poste.

C — L'aide au reclassement

L'insertion professionnelle et sociale des travailleurs handicapés et la responsabilité de la mise en oeuvre de la réglementation les concernant incombent, en premier lieu, au ministère du travail. Une infrastructure administrative a, parallèlement, été mise en place au niveau national, régional ou départemental.

1 - *Au niveau national*, le Conseil supérieur pour le reclassement professionnel et social des travailleurs handicapés est chargé de promouvoir les initiatives privées ou publiques favorisant l'insertion. Il est aussi le consultant des pouvoirs publics lors de la mise en place de réglementations nouvelles et il est investi d'une fonction d'information.

Le Conseil consultatif des personnes handicapées permet d'assurer la participation des principaux intéressés à l'élaboration et à la mise en oeuvre de la politique de solidarité nationale les concernant.

²⁷ On y trouve : la prime pour la formation des apprentis qui connaissent un handicap (art. L - 119 -5) ; les aides à l'aménagement des postes de travail (art. L - 323 - 9) ; les contrats individuels d'adaptation professionnelle du fonds national de l'emploi (circulaires du 24/10/1983 et du 20/01/1984) ; le contrat de programme état - entreprise d'insertion professionnelle (circulaire du 29/05/1984) ; la subvention d'installation (décret du 16/04/1984).

2 - *Au niveau régional* peuvent être créées, par le Ministre du Travail, des commissions régionales consultatives d'emploi et de reclassement des travailleurs handicapés auprès des directeurs régionaux du travail et de la main d'oeuvre (C. Trav. art. R 323 - 84). Ces commissions rendent de simples avis concernant l'application, à la Région en cause, des mesures prises en faveur des handicapés.

3 - *Au niveau départemental*, les Commissions Techniques d'Orientation et de Reclassement Professionnel (COTOREP) sont compétentes pour : - reconnaître la qualité de travailleur handicapé et le classement des personnes en faisant la demande ; - se prononcer sur l'orientation de la personne handicapée et sur les mesures propres à assurer son reclassement ; - désigner les établissements ou services concourant à la rééducation, au reclassement et à l'accueil des handicapés adultes ; - apprécier si l'état de la personne handicapée justifie l'attribution de l'allocation aux adultes handicapés et de l'allocation compensatrice ou de l'allocation logement ; - statuer sur les candidatures à des emplois réservés.

Dans le délai d'un mois après sa notification, la décision de la commission d'orientation peut faire l'objet d'un recours devant la commission départementale des handicapés ou devant la juridiction du contentieux technique de la sécurité sociale²⁸.

Ajoutons, enfin, que la Commission départementale des travailleurs handicapés, des mutilés de guerre et assimilés est compétente pour statuer sur des litiges relatifs : - à l'abattement éventuel sur le salaire des handicapés ; - à la reconnaissance (ou non reconnaissance) de la qualité de travailleur handicapé par une COTOREP ; - à la consolidation de l'affection du travailleur handicapé.

III — SEPT ANNÉES D'APPLICATION DE LA LOI DE 1987 ... UN BILAN MITIGÉ

Après plus de sept années d'application de la loi de 1987, il nous est possible d'effectuer une analyse de son efficacité réelle.

Une simple analyse des statistiques concernant la situation de l'emploi des handicapés incite à souligner l'échec évident de l'obligation d'emploi. Certains auteurs n'ont pas hésité à parler d'une obligation "dénaturée"²⁹, les employeurs choisissant en majorité d'éviter (légalement !) de recruter des salariés handicapés. Il est possible de

²⁸ Jean-Marie COMBETTE, *op. cit.*

²⁹ Philippe AUVERGNON, "L'obligation d'emploi des handicapés", *Droit Social*, Juillet - Août 1991, p. 596.

constater que l'échec du texte est dû, essentiellement, aux restrictions concernant les entreprises soumises à l'obligation (A) mais aussi à la mise en place de techniques permettant de s'en dégager sans la réaliser (B).

A — Une obligation d'emploi... à géométrie variable

Les restrictions fixées par le texte même de la loi de 1987 ont généré des effets pervers. Leur analyse amène à s'interroger sur la nécessité d'aboutir à certaines évolutions juridiques.

1 - Un nombre limité d'employeurs

Si la loi de 1957 n'introduisait aucun effet de seuil, le texte de 1987 parle d'entreprises "d'au moins 20 salariés". Le législateur s'est, sans doute, voulu réaliste en instaurant un tel taux mais cela a eu pour conséquence de limiter, de fait les possibilités d'embauche de handicapés dans les petites entreprises.

Ce constat est conforté par le fait que les PME occupent près de 40% des salariés du secteur privé, les responsables politiques et économiques évoquant régulièrement leur importance dans la lutte contre le chômage.

L'utilisation de certains outils juridiques comme le temps partiel pourrait, sans nul doute, permettre une modification de ce seuil restrictif³⁰.

Dans le même esprit, l'obligation d'emploi étant rattachée à la notion d'établissement et non à celle d'entreprise, il est possible de concevoir que des entreprises de plus de 20 salariés... mais structurées autour d'établissements de taille inférieure à ce seuil... évitent l'application du texte. Le retour à la notion d'entreprise pour organiser l'obligation d'emploi devrait faciliter l'élargissement de son champ d'application.

Un autre élément de la loi de 1987 pose, lui aussi, problème. Il s'agit de la liste des emplois "exigeant des aptitudes particulières" et susceptibles, à ce titre, d'être exclus du décompte de l'effectif³¹.

Si le particularisme de certains emplois peut, à la limite, justifier certaines restrictions... d'autres au contraire ne manquent pas de nous surprendre.

³⁰ Ajoutons que des responsables de l'AGEFIPH soulignent régulièrement les réussites réalisées en terme de placements dans les petites entreprises... malgré l'absence de contraintes légales.

³¹ Art. D. 323 - 3 du Code du Travail.

Ainsi, si l'on peut à la rigueur concevoir que certains emplois liés aux travaux publics ou aux transports soient peu compatibles avec certains handicaps... d'autres au contraire semblent difficiles à admettre : hôtesse d'accompagnement, vendeurs de grands magasins.... La loi de 1987 et ses décrets d'application participent ici au rejet social de l'handicapé. Il nous semble indispensable d'en modifier, sur ce point, l'application pour aboutir à la suppression de certaines exclusions voire à la réduction à certains handicaps de ces "impossibilités" d'emplois³².

Ajoutons enfin que la possibilité de différer la mise en place de l'obligation légale de 3 ans en cas de "création d'une entreprise nouvelle ou d'augmentation de l'effectif"... limite de fait une intégration qui gagnerait à être immédiate.

2 - Un nombre limité de salariés

Nous avons, dans la seconde partie de notre analyse, relevé l'importance de trois catégories de bénéficiaires sur les huit reconnues par la loi de 1987 : salariés reconnus par la COTOREP, accidents du travail ou victimes de maladies professionnelles, invalides à capacité de travail réduite des deux tiers.

La réalisation de l'obligation peut, cependant, aller à l'encontre de la liberté des personnes. Ainsi un salarié travaillant dans l'entreprise est libre de faire reconnaître... ou non... sa qualité de handicapé. Certains handicapés, parfaitement intégrés, peuvent ainsi refuser d'apparaître comme tel et empêcher l'employeur d'atteindre le quota de 6%... pourtant parfaitement réalisé dans la pratique au sein de son entreprise. On assiste ici au choc de deux logiques juridiques : le respect de la liberté des personnes d'une part et la nécessité de respecter l'obligation d'emploi instaurée par la loi de 1987. On voit mal, cependant, l'employeur faire prévaloir les contraintes légales qu'il subit sur les droits reconnus, par la Constitution, aux citoyens.

Le décompte permettant de vérifier la réalisation de l'obligation pose, lui aussi, problème du fait de sa technicité. Ainsi l'importance du handicap du salarié peut permettre de le prendre en compte pour plusieurs unités. Cette disposition mise en place pour favoriser les handicapés lourds risque d'aboutir, dans les faits, à une réduction de la portée de l'obligation. Un système différencié comme celui instauré récemment dans l'ex-Tchécoslovaquie semble plus cohérent dans son application. Il réserve une partie du pourcentage de salariés correspondant à l'obliga-

³² Notons l'existence d'un rapport au Parlement sur l'exécution de la loi du 10/07/1987 (n° 87 - 517)... et qui n'a pas conclu à la nécessité de la modifier. Sur les problèmes que cela peut poser en égard à l'emploi du salarié, voir : Jean-Michel LATTES, "Aptitude et inaptitude, incidences sur la relation de travail" (*Actes du colloque "Droit et médecine de travail"*, Toulouse, Janvier 1994, à paraître).

tion aux handicapés lourds. La division du quota de 6% en handicapés lourds (2% par exemple) et légers (4%) pourrait peut être permettre d'éviter les effets pervers précités.

B — Une loi organisant ses propres possibilités d'inapplication

C'est autour d'une idée de réalisation alternative de l'obligation que s'est structurée la loi de 1987. Il est aisé, ici encore, d'en révéler les effets pervers.

1 - Une obligation "évitable"

Si le recrutement de travailleurs handicapés constitue le mode "naturel" de réalisation de l'obligation... la loi de 1987 n'en organise pas moins des mécanismes d'évasion juridique...

L'absence de dispositif spécifique aux handicapés réduit, de fait, cette possibilité d'embauche. Certes, certaines dispositions ponctuelles existent (rémunérations, horaires...) mais elles ne permettent pas de régler l'ensemble des problèmes. Même si le risque de créer un code du travail à deux vitesses demeure, on retrouve ici la nécessité de mettre en place des mesures positives au profit de cette catégorie de salariés. Ainsi, par exemple, le développement de formules incitatives de type "temps partiel à coût social allégé" devrait faciliter une amélioration significative des situations³³.

Il est en outre nécessaire d'analyser les possibilités juridiques d'éviter l'application de l'obligation d'emploi pour mesurer le manque d'effectivité de la loi de 1987.

Ainsi si le recours au secteur protégé constitue une mesure pouvant se justifier... elle ne favorise pas vraiment une véritable intégration des handicapés dans un cadre ordinaire de travail et de vie. On est ici partagé entre la nécessité de valoriser le secteur protégé indispensable à certains handicapés et l'esprit de la loi de 1987 orienté vers le milieu ouvert.

L'application d'un accord collectif permettant d'éviter, dans le court terme, la réalisation de l'obligation pose elle aussi problème dans la mesure où elle est de nature à faciliter certains abus. Ainsi, par exemple, "l'engagement de ne pas licencier" peut partiellement suffire pour respecter la loi.

³³ Certaines techniques existent déjà et favorisent la création, voire le maintien, de l'emploi des handicapés. Ainsi la loi du 2 Août 1989 permet de tenir compte du handicap (art. L - 321 - 1 - 1 du Code du Travail) dans l'établissement de l'ordre des licenciements économiques. Les salariés handicapés peuvent, de fait, être maintenus dans leurs emplois au détriment d'autres salariés.

Cette disposition s'inscrit cependant dans la volonté d'améliorer la négociation dans l'entreprise initiée par les lois Auroux³⁴. Cela nous semble de nature à faciliter une intégration progressive et cohérente des handicapés dans les entreprises.

La contribution à un fonds d'insertion constitue la disposition la plus controversée. Il est utile d'en révéler les défauts tout en soulignant les progrès qu'elle a permis de réaliser.

Il est fréquent de critiquer cette possibilité de réalisation financière de l'obligation et il est évident que certains employeurs préfèrent s'acquitter de cette contribution... sans même envisager un recrutement. L'importance des sommes collectées par l'AGEFIPH témoigne de l'utilisation abusive de cette faculté. La norme est respectée... mais l'insertion n'est pas réalisée.

Il n'en demeure pas moins que les flux financiers ainsi générés bénéficient largement aux handicapés. Si l'AGEFIPH a, dans un premier temps, été accusée de "thésauriser" les fonds collectés... son action et son bilan peuvent aujourd'hui difficilement être remis en cause. En outre l'année 1993 a vu l'AGEFIPH utiliser la quasi totalité de ses ressources pour l'insertion professionnelle et cela pour la première fois depuis 1989. Son nouveau programme d'intervention, en vigueur depuis le 1er Mai 1994, devrait permettre une amélioration de ses dispositifs tout en limitant les tentatives perverses de certaines structures sociales qui utilisent l'AGEFIPH pour "alléger" leurs propres interventions.

2 - Des aides et des sanctions

La pratique de la loi de 1987 a permis de constater le balancement, souvent cohérent, entre des techniques classiques de coercition (sanctions pénales...) et la mise en place d'incitations et d'aides aux employeurs prêts à "jouer le jeu".

L'obligation pour les employeurs assujettis de fournir à l'autorité administrative "une déclaration annuelle restrictive aux emplois occupés par les bénéficiaires de l'obligation d'emploi " permet un véritable contrôle de l'application de la loi et donc la sanction de son non respect.

Si le législateur a voulu avant tout privilégier une démarche "pédagogique", certains évoquent cependant la nécessité de renforcer les pénalités, voire même d'accroître le coût de l'alternative financière prévue par la loi, afin de relancer le recrutement des handicapés.

³⁴ Loi du 30/11/1982 (J.O. 14/11/1988).

Les aides étatiques et l'action de l'AGEFIPH, à l'inverse, permettent d'accompagner l'effort réalisé par les employeurs volontaires. Si les actions ne doivent pas être remises en cause du fait du bilan positif de leur application, leur renforcement semble souhaitable en particulier par le moyen du développement d'une politique d'information.

*
* *
*

La loi de 1987 ne constitue pas un "mauvais" texte. Les progrès qu'elle facilite sont réels même si elle reste perfectible. Les différentes avancées juridiques concernant les handicapés ont permis l'organisation d'un dispositif relativement cohérent. D'autres avancées sont nécessaires... même si la loi, et plus largement le droit, ne suffisent pas, à eux seuls, à changer la société.

Le récent rapport de la Cour des Comptes sur "Les politiques sociales en faveur des personnes handicapées adultes"³⁵ permet l'évaluation du dispositif actuel. La Cour constate que l'on ne dispose pas aujourd'hui de données statistiques permettant une approche significative de la population concernée. Elle conclut que "l'insertion professionnelle des handicapés adultes reste un objectif imparfaitement atteint, que leur intégration sociale s'inscrit dans un dispositif insuffisamment maîtrisé, et que les politiques prévues en leur faveur reposent sur des moyens inadaptés tant au plan administratif qu'au plan financier".

Les critiques de la Cour rejoignent nos analyses : "... dispositif de formation insuffisant, dispositions législatives d'application malaisée, une insertion professionnelle figée en milieu protégé, un accès encore difficile à l'emploi en milieu ouvert de travail...". Elle ajoute que l'intégration sociale des personnes handicapées passe par "l'amélioration de leur cadre de vie, un rééquilibrage des aides financières et une amélioration du fonctionnement des structures administratives concernées par le problème".

³⁵ "Rapport au Président de la République sur les politiques sociales en faveur des personnes handicapées adultes" (Direction des Journaux Officiels - Novembre 1993). Sur les évolutions indispensables voir : "Modernisation des COTOREP", (supplément *Liaisons Sociales*, 23/09/1994) ; Jean BORDELOUP, "Faiblesses et aléas d'une politique publique : les différentes actions menées en faveur des handicapés", *Droit Social*, Juin 1994 ; "17 mesures pour l'emploi des personnes handicapées" (AGEFIPH, Juin 1994) ; Odile AUBE-WILLEMS, "*L'intégration professionnelle des personnes handicapées*" (Mémoire, Université Toulouse 1, Novembre 1994).

Les réponses faites à la Cour par les administrations, les collectivités et les organismes concernés nous permettent d'envisager une évolution des dispositifs existants. Cette évolution, nous l'avons dit, est indispensable mais les propositions exprimées nous semblent insuffisantes. Les structures mises en cause valorisent toutes l'amélioration de la situation des handicapés depuis 1975... mais elles s'efforcent de nuancer... voire de masquer... les problèmes qui demeurent. La tendance traditionnelle qui consiste dans ce type d'exercice à considérer "à moitié pleine" une bouteille que la Cour considère "à moitié vide" ne permet pas d'aller au delà de belles déclarations d'intentions. Tous s'accordent cependant sur la nécessité de faire évoluer une législation inadaptée en renforçant son efficacité technique pour parvenir à la véritable reconnaissance d'une pleine citoyenneté aux salariés handicapés.

Espérons que les personnes qui auront la responsabilité de cette évolution sauront s'inspirer du doyen Louis Boyer qui, en conclusion de l'un de ses articles³⁶ nous écrivait : "*De beaux et bons sentiments ne sauraient suffire pour édifier le droit*".

³⁶ Louis BOYER, "Le délai de l'article 29 de la Convention de Varsovie, un combat douteux de la Cour de cassation", *Mélanges Pierre Hébraud*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1981, pp. 85 à 109.